

VS_GERICHTE A1 21 257 vom 18. März 2022

VS Kantonsgericht, 2022-03-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 257](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_257)

FR: VS_GERICHTE A1 21 257 du 18 mars 2022

IT: VS_GERICHTE A1 21 257 del 18 marzo 2022

Regeste

A1 21 257 ARRÊT DU 18 MARS 2022 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public
Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Ferdinand Vanay, greffier en la cause X _____ SA, et Y _____ SA, recourantes, représentées par Maître Guillaume Grand, avocat, 1950 Sion 2 Nord contre CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée, (marché public) recours de droit administratif contre la décision du 19 novembre 2021

Erwägungen

E. 17

Omp. Il résulte implicitement de ces deux dispositions que la constitution de consortium et la sous-traitance sont en principe admises par le droit cantonal, mais que l'adjudicateur peut toutefois limiter ou exclure ces possibilités dans les documents d'appel d'offres, solution qui correspond par ailleurs à celle qui est explicitement prévue pour l'adjudication des marchés fédéraux (art. 31 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics – LMP ; RS 172.056.1). 4.3.2 Le Message du Conseil fédéral relatif à la LMP (FF 2017 1695 ss, 1792) expose à ce sujet ce qui suit : L'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, qui doit cependant toujours être exercé dans le respect du but et des principes du droit des marchés publics (art. 2 P-LMP). De manière générale, l'accès des soumissionnaires au marché ne doit [pas] être restreint sans nécessité. La manière dont ceux-ci sont organisés relève de leur liberté économique. Ainsi, de nombreux secteurs comprennent des entreprises dont l'intégration est plus ou moins importante. Dès lors, il ne serait pas admissible d'accepter uniquement les offres des soumissionnaires présentant une intégration verticale complète. Le droit des marchés publics doit permettre de procéder à des acquisitions économiques dans un contexte de neutralité concurrentielle. Les communautés de soumissionnaires peuvent contribuer à dynamiser un marché et à renforcer la concurrence, dans la mesure où elles facilitent l'accès des PME

- 10 - aux gros marchés publics. C'est pourquoi la participation de communautés de soumissionnaires ne doit être limitée ou même exclue que pour de justes motifs. Une exclusion est justifiée notamment lorsqu'un travail de coordination excessif compromet l'atteinte du but du marché ou génère des coûts de transaction inutiles, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas économique d'acquiescer les prestations requises auprès d'une communauté de soumissionnaires. Cela vaut principalement pour les petits projets qui peuvent être réalisés aisément par un seul soumissionnaire. En cas de projets d'envergure et complexes, les communautés de soumissionnaires ne devraient pas être exclues sans motif valable. La décision d'admettre ou d'exclure le recours à des sous-traitants s'appuie sur des considérations similaires. Au cas où il y aurait un grand nombre de sous-traitants,

l'adjudicateur pourrait rencontrer des difficultés déjà lors de l'examen de la satisfaction des critères d'aptitude (à noter toutefois que les sous-traitants ne doivent pas toujours remplir la totalité des critères d'aptitude). L'exclusion tant des communautés de soumissionnaires que des sous-traitants doit reposer sur une motivation qualifiée. En revanche, l'admission des sous-traitants compense l'exclusion des communautés de soumissionnaires et constitue donc un argument en faveur de cette dernière. Même si la LMP n'est pas applicable au cas d'espèce, la Cour peut s'inspirer des considérations ci-dessus exposées dans le cadre de l'examen des griefs que formulent les recourantes. 4.3.3 Dans l'appel d'offres, l'adjudicateur justifie sa décision d'exclure les offres en consortium ainsi que la sous-traitance en raison de la complexité du projet, dont la conduite requiert une organisation et une coordination accrue en matière de suivi des travaux, à plus forte raison pour des bâtiments qui devront être maintenus en exploitation. Il indique que ces compétences de planification et d'organisation peuvent être assurées plus facilement par un seul bureau d'architectes, dont les membres sont habitués à travailler ensemble sur des projets complexes. A le suivre, un échelon supplémentaire dans l'organisation interne compliquerait inévitablement la relation entre le maître d'ouvrage et la direction des travaux et compromettrait ainsi le suivi et la supervision des travaux dans des délais aussi courts. Ces difficultés inhérentes à un consortium mettraient également en péril l'objectif de maintenir en exploitation des bâtiments d'importance opérationnelle pour l'Etat du Valais. Les recourantes contestent ce point de vue, en arguant d'abord que la complexité des travaux et leur délai de réalisation ne constituent pas des motifs convaincants. Elles relèvent à cet égard que le projet n'a pas changé depuis le précédent appel d'offres, lequel n'excluait pourtant nullement la constitution de consortium ou la sous-traitance. La Cour ne peut pas suivre cette argumentation. En effet, du moment qu'un grand pouvoir d'appréciation est reconnu à l'adjudicateur pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, la publication d'un premier appel d'offres n'excluant pas les consortiums ne saurait lier l'adjudicateur dans le cadre d'une seconde procédure

- 11 - d'adjudication, reprise ab initio et portant sur le même marché. Contrairement à ce que semblent penser les recourantes, l'existence d'une précédente procédure d'adjudication n'est pas en soi déterminante, l'adjudicateur disposant toujours d'une grande latitude dans la détermination des conditions d'accès au marché à adjuger. Certes, il est exact que les critères doivent être fixés de manière objectivement justifiables et sans violer le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. En l'espèce, rien ne permet toutefois de conclure que tel ne soit pas le cas. En effet, il paraît objectivement soutenable de privilégier une direction des travaux assurée par un seul bureau d'architectes, les tâches de planification et d'organisation pouvant a priori être exécutées plus facilement par des professionnels habitués à travailler ensemble sur des projets complexes. On peut également retenir que la coordination au niveau de la direction des travaux n'est pas aussi bien assurée lorsque plusieurs sociétés travaillent en consortium et désignent un coordinateur technique que lorsqu'une seule société est désignée pour assumer les prestations caractéristiques du marché. En outre, il semble légitime de considérer que la gestion du mandat d'architecte par un seul bureau est plus appropriée en raison des courts délais de réalisation. Dans ce contexte et compte tenu des intérêts publics importants en jeu, on peut aussi comprendre que le maître de l'ouvrage souhaite avoir une relation simple et directe avec la direction des travaux et ne pas multiplier les interlocuteurs. Enfin, rien ne permet d'affirmer que le regroupement en consortium est une pratique courante de la branche concernée. Les recourantes ne l'affirment d'ailleurs pas. Il n'y a donc pas lieu d'admettre que la décision

pose des restrictions d'accès au marché excessives et discriminatoires. Quant à l'interdiction de la sous-traitance, elle peut également se justifier en raison de la nature du marché, qui implique une relation étroite entre la direction des travaux et le maître de l'ouvrage et qui, en conséquence, ne se prête guère à cette pratique. Dans un deuxième grief, les recourantes rappellent que la Cour de céans leur a donné entièrement gain de cause dans son ACDP A1 21 151, en précisant qu'elles avaient de réelles chances de remporter le marché. Elles en déduisent que leur aptitude à réaliser les travaux à adjuger a été reconnue et qu'en conséquence, l'introduction d'un nouveau critère d'aptitude leur interdisant l'accès à la procédure d'adjudication subséquente ne repose sur aucun motif objectif et est discriminatoire. Cette critique est inopérante. Il faut en effet souligner que le constat, selon lequel les recourantes avaient de réelles chances de remporter le marché, a été posé dans le cadre de l'examen de la qualité pour recourir des bureaux d'architectes concernés contre la décision d'adjudication du 28 juin 2021 (cf. ACDP A1 21 151 consid. 1.2). Il se fondait sur les notes obtenues par les recourantes dans cette procédure d'adjudication. Du moment que celle-ci a été interrompue à la suite

- 12 - des arrêts du 9 novembre 2021 ordonnant une reprise ab initio de la procédure et qu'un nouvel appel d'offres a été publié derechef, les chances d'obtenir le marché selon les conditions du premier appel d'offres n'ont plus guère de pertinence puisque, comme on vient de le voir, l'adjudicateur disposait d'une grande latitude lui permettant de modifier lesdites conditions. Enfin, les recourantes signalent que l'adjudicateur n'a pas exclu les consortiums dans d'autres appels d'offres pourtant très complexes, se référant à deux exemples parus respectivement en 2019 et en 2020 pour des mandats d'architecte (direction des travaux). Cette allégation n'est non plus pas déterminante. En effet, il est délicat de comparer deux marchés distincts, rien ne permettant de conclure qu'ils soient soumis à des impératifs similaires en terme de complexité, de contraintes ou de délais de réalisation. En outre, lorsqu'il définit les critères d'aptitude, l'adjudicateur ne saurait être lié par les choix qu'il a opérés lors de la passation de marchés précédents. Une telle règle restreindrait excessivement le large pouvoir d'appréciation qui doit lui être reconnu. Du moment que l'adjudicateur justifie son choix de manière objective et sans violer le principe d'égalité de traitement, les critères qu'il définit peuvent être différents selon le marché à adjuger. 4.4 Quant aux exigences relatives à la structure et à la qualification du bureau, l'appel d'offres litigieux indique en page 7 que « le projet demande une organisation et des compétences extrêmement spécifiques ». Il exige ainsi des soumissionnaires de proposer au minimum deux postes d'emploi à plein temps pour chacune des fonctions suivantes : architecte chef de projet (dipl. EPF ou HES ou une personne inscrite au registre professionnel REG A ou B), directeur de travaux (maîtrise fédéral ou équivalent) et dessinateur avec CFC. Les recourantes qualifient ces exigences de subjectives et de discriminatoires, en relevant que le nombre minimal de spécialistes requis a pratiquement doublé par rapport au précédent appel d'offres, alors que le marché n'a pas changé. Là encore, les recourantes se contentent de comparer les critères des deux appels d'offres, sans véritablement chercher à établir que les deux postes d'emploi à plein temps requis pour chacune des trois fonctions citées plus haut n'ont aucune justification au regard du marché à adjuger. Dans ces conditions, leur grief ne peut qu'être rejeté. 4.5 Dès lors, compte tenu de la marge d'appréciation qui doit être reconnue à l'autorité intimée pour configurer le marché, l'exclusion des offres en consortium et de la sous-

- 13 - traitance, tout comme l'exigence minimale de deux postes à plein temps pour certaines fonctions, n'apparaissent pas critiquables. 5.1 Ensuite, les recourantes contestent le critère d'adjudication relatif aux références. Elles observent que celui-ci a été modifié par rapport au précédent appel d'offres et soutiennent qu'il semble avoir été formulé de manière à les empêcher d'obtenir le marché. Elles pointent, en particulier, la règle imposant des références pour chacun des deux sous-critères 1a et 1b (pas de référence « double ») ainsi que l'exigence de fournir quatre références de rénovation de bâtiments maintenus en exploitation durant le chantier, terminés dans les cinq dernières années et de valeur équivalente au marché concerné (soit supérieure à 5 millions de francs). Elles s'estiment préférentielles, puisqu'elles ne peuvent disposer de telles références aussi aisément que des entreprises en place depuis de nombreuses années. 5.2 L'expérience pertinente des soumissionnaires ou la présentation par ceux-ci de travaux de référence est considérée, dans la pratique, comme un critère objectif pour évaluer la qualité de leurs prestations. Ces critères sont d'ailleurs mentionnés à titre d'exemples à l'article 31 alinéa 1 Omp. Par définition, de tels critères favorisent les entreprises établies. Toutefois, dans la mesure où les exigences y relatives sont justifiées par les besoins du marché à adjuger, leur utilisation est admissible et appropriée, même si elle implique, pour les entreprises nouvellement créées, qu'elles doivent acquérir l'expérience nécessaire et la confiance de la clientèle – exactement comme dans les relations commerciales privées – en exécutant d'abord des marchés plus petits ou plus simples (cf. arrêt VB.2018.00450 précité consid. 5.4.2, cité in : Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], op. cit., p. 113 s. ; Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, no 596 p. 259). 5.3 De l'avis de la Cour, il n'y a pas lieu de censurer les modalités arrêtées par l'adjudicateur pour le critère des références. L'exécution de travaux de rénovation dans un bâtiment tout en maintenant celui-ci en exploitation présente des singularités qui justifient objectivement la demande de références semblables. Les exigences portant sur le caractère récent (5 ans) et la valeur comparable (5 millions de fr.) de ces références ne sont non plus pas critiquables. La Cour rappelle, au demeurant, que ce critère est un critère d'adjudication valant 40 % de la note globale. Elle signale que les offreurs dont les références ne remplissent pas complètement les réquisits ne seront pas sanctionnés par une exclusion, mais par une diminution de note selon le barème d'évaluation annoncé en page 8 de l'appel d'offres. Ainsi, s'il est exact que les

- 14 - entreprises nouvelles – comme celles des recourantes – pourront être désavantagées à cet égard, rien n'indique qu'elles ne pourraient pas néanmoins déposer une offre concurrentielle en s'appuyant principalement sur les deux autres critères d'adjudication (prix et structure du bureau). Dans ces conditions, rien ne permet de considérer que la définition de ce critère est si restrictive qu'elle revient, dans la pratique, à vider de son sens l'adjudication du marché selon les modalités de la procédure ouverte ou à cloisonner le marché de manière à favoriser un soumissionnaire en particulier. 6.1 Enfin, les recourantes critiquent l'exclusion de la phase 33 de la norme SIA 102. 6.2 Sous « objet et étendu du marché », l'appel d'offres litigieux indique en page 11 qu'il s'agit d'un mandat d'architecture, selon les phases 32 et 41 à 53 de la norme SIA 102 de 2014. Il précise que la phase 33 de cette norme est exclue. La norme SIA 102 règle les prestations et honoraires des architectes. Les prestations sont classées en différentes phases. La phase 32 correspond au projet de l'ouvrage, la phase 33 à la procédure de demande d'autorisation de construire et les phases 41 à 53 comprennent l'appel d'offres et la réalisation du projet. 6.3 Les recourantes contestent l'exclusion de la phase 33 (procédure de demande d'autorisation de construire). Elles relèvent que cette phase est obligatoire pour la réalisation du projet, de

sorte que son exclusion paraît impossible. Elles indiquent aussi que, dès lors que le mandat inclut la phase 32 (projet de l'ouvrage), il n'est pas possible d'exclure la phase ultérieure de demande de permis qui requiert notamment la signature de l'auteur du projet. Ce grief est manifestement mal fondé. En effet, la procédure de demande d'autorisation de construire peut être menée par l'adjudicateur lui-même ou par un autre bureau que celui en charge des plans et de la direction des travaux. Rien ne contraint en effet formellement l'adjudicataire du marché litigieux à mener à bien cette procédure. Il s'agit, là encore, d'un domaine qui relève du grand pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur et que la Cour n'a pas à sanctionner, en l'absence d'abus. 7.1 Attendu ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). 7.2 L'émolument de justice, arrêté à 3000 fr. (débours inclus) au vu notamment des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, sera supporté par les recourantes, solidairement entre elles (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13

- 15 - al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 sur le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8). 7.3 Vu l'issue du litige, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA a contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.